

Encyclo

Revue de l'école doctorale ED 382

Économies

Pensée critique

Espaces

Politique

Sociétés

Pratiques sociales

Civilisations

LA JUSTICE, LA LOI, LA VIOLENCE

Dans cet article, je souhaite montrer qu'il existe deux façons de concevoir les rapports entre justice, droit et force.

1) Si la justice est pensée comme Droit, en tant que Loi, la force qui lui correspond est la violence – au sens où celle-ci « s'apparente à la puissance, car ses instruments, comme tous les autres outils, sont conçus et utilisés en vue de multiplier la puissance naturelle »¹. Autrement dit, si le Droit est fondé sur la force entendue comme violence et qu'ainsi la Justice est assurée grâce à cette violence, il faut le critiquer car cette relation n'assure pas la Justice ; on peut même dire à l'inverse qu'elle en cause la disparition.

2) Il n'est pas nécessaire, il ne faut pas penser la justice en tant que loi, on peut plutôt la penser comme au-delà de la loi. Dans ce cas, une autre relation avec la force est possible, dans laquelle la force est certes pensée comme violence mais comme violence performative et fondatrice. Grâce à cette notion de force, nous arrivons à la Justice en elle-même qui n'est pas limitée par les lois.

Afin d'établir que lorsque la justice devient Droit, en tant que Loi, il n'est pas possible de la séparer de la force, au sens de la violence, afin d'ouvrir une voie pour penser au contraire la justice comme au-delà du droit, et fondée sur l'idée d'une force non-violente, il conviendrait d'examiner, d'une part, la pensée de la modernité qui considère la justice en tant que loi et, d'autre part, la pensée de la postmodernité qui considère la justice comme au-delà du droit, de la loi. Comme il n'est pas possible d'entreprendre ici un examen d'une telle ampleur, je m'en tiendrai à la modernité et mentionnerai seulement la critique postmoderne de Jacques Derrida qui a examiné cette relation entre la loi et la violence en se référant à l'article de Walter Benjamin « Critique de la violence ».

Concernant la modernité, on peut considérer Thomas Hobbes, comme le premier penseur de la philosophie politique et juridique moderne. Comme l'indique Leo Strauss : « Il est presque universellement admis que Hobbes marque un tournant dans l'histoire du droit naturel et de la théorie de l'État »².

* Université Paris Diderot - Paris 7

Centre de sociologie des pratiques et représentations politiques (EA 2376)

¹ Hannah Arendt, *Du Mensonge à la violence*, Paris, Calman Levy, 2002, p. 144-145.

² Leo Strauss, *La philosophie politique de Hobbes*, Paris, Belin, 1991, p. 16.

J'aborderai d'abord la compréhension de la justice en général dans la modernité puis je traiterai de l'État moderne chez Hobbes à travers son élément fondamental qu'est la souveraineté : du fait que la justice est comprise comme conformité aux lois qui ne sont pas contraires aux impératifs du souverain, cette structure repose nécessairement sur la force comme violence, comme contrainte de l'État.

Y a-t-il une pensée de la justice au-delà de la loi chez Hobbes ?

Avec la modernité, la justice a perdu son caractère éthique et est devenue légale. Cette conception de la justice est la conséquence d'un changement dans la conception du Droit, compris désormais comme l'ensemble des lois qui sont posées, fixées. Ces lois ne sont plus les lois de la Nature ou bien celles de Dieu, elles sont posées par le souverain, c'est-à-dire par l'État. Le Droit n'est pas défini comme une chose, mais comme un ensemble de règles. Il s'identifie avec la loi. De ce fait, la justice est définie comme la conformité avec la loi. Par conséquent, quand on dit que la justice est limitée au Droit, on accepte déjà cette identification du Droit et de la loi (en anglais, le terme *Law* veut dire à la fois le Droit et la loi, l'anglais accepte donc cette affirmation de la modernité ; alors que le français use de deux mots : Droit et loi, comme en turc, *hukuk* pour le droit et *yasa* pour la loi). Comme l'écrivent Douzinas Costas et Adam Gearey : « La Justice devient intérieure au système légal, son principe est identifié comme conformité à la loi »³.

Une telle pensée de la justice et du Droit est aussi au fondement de la conception positiviste du droit pour laquelle le Droit devient une science, une technique du droit. Si j'ai choisi de parler ici de Thomas Hobbes, c'est parce qu'il est généralement considéré comme le père du droit positiviste. Dès lors, comment Hobbes construit-il l'idée de souveraineté comme fondement de l'État moderne et comment cette structure donne-t-elle lieu à son idée de justice ?

Une telle approche ne va pas de soi, car il se trouve que Hobbes définit d'abord la justice comme *une loi de nature*. L'on pourrait en tirer la conséquence qu'il y a une idée de justice au-delà du droit chez Hobbes. Par *loi de nature*, il entend une règle générale qui est la conséquence de la raison et qui assure la survie de l'homme en paix. Je cite le *Léviathan* :

La loi de nature est un précepte, une règle générale, découverte par la raison, par laquelle il est interdit aux gens de faire ce qui mène à la destruction de leur vie ou leur enlève le moyen de la préserver, et d'omettre ce par quoi ils pensent qu'ils peuvent être le mieux préservés⁴.

Cette définition de Hobbes opère en réalité un tournant dans la tradition de la loi de nature qui avait commencé avec Aristote et pour laquelle la loi prenait racine soit dans la nature, soit en Dieu. Hobbes rejette ces deux sources de la tradition pour définir la loi de nature dont il parle comme un

³ Costas Douzinas, Adam Gearey, *Critical Jurisprudence*, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 135.

⁴ Thomas Hobbes, *Léviathan*, traduit par François Tricaud, Paris, Éditions Dalloz, 1999, p. 128.

précepte rationnel fondé sur la raison humaine. Toutefois, si la loi de nature est découverte par la raison humaine, son origine reste encore divine car c'est Dieu qui a donné la raison à l'homme. C'est pourquoi les lois de nature sont non-écrites, immuables, éternelles et universelles. Il ne faut cependant pas confondre la loi de nature avec la loi divine. La loi de nature n'a pas besoin d'une révélation. L'intervention de Dieu sur la loi de nature chez Hobbes se réalise seulement par la Raison, elle n'exprime pas directement les commandements de Dieu mais un commandement de la Raison. L'obligation de la loi de nature est une obligation *in foro interno*, non pas *in foro externo*. Cela signifie qu'à la différence de la loi comprise à la manière de la philosophie positiviste, la loi de nature n'est pas une règle prescriptive ou prohibitive. Elle n'est obligatoire que pour la conscience.

Hobbes énonce dix-neuf lois de nature dans le *Léviathan*. Elles sont des déductions rationnelles mais aussi des lois morales et concernent donc sa philosophie morale. En effet, Hobbes donne une seule formule qui les résume toutes : « Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on te fasse à toi-même.⁵ » Je vais m'en tenir ici aux trois premières lois de nature qui ouvrent la voie de la justice chez Hobbes. La première est le droit de nature, la deuxième, le contrat et la justice est la troisième.

Première loi de nature : le droit de nature dans l'état de nature

Hobbes définit la première loi de nature ainsi :

C'est un précepte, une règle générale de la raison, que tout homme doit s'efforcer à la paix, aussi longtemps qu'il a un espoir de l'obtenir ; et quand il ne peut pas l'obtenir, qu'il lui est loisible de rechercher et d'utiliser tous les secours et tous les avantages de la guerre⁶.

Cette définition se lit en deux parties. L'une nous donne la première et fondamentale loi de nature, *qui est de rechercher et de poursuivre la paix* ; l'autre résume l'ensemble du droit de nature, *qui est le droit de se défendre par tous les moyens dont on dispose*. Hobbes définit le droit de nature de la façon suivante :

Le droit de nature, que les auteurs appellent généralement *jus naturale*, est la liberté qu'a chacun d'user comme il le veut de son pouvoir propre, pour la préservation de sa propre nature, autrement dit de sa propre vie, et son conséquence de faire tout ce qu'il considérera, selon son jugement et sa raison propres, comme le moyen le mieux adapté à cette fin⁷.

Le droit de nature est le corollaire de la première loi de nature et il apparaît donc comme une loi de nature. Mais avant de donner cette définition, Hobbes fait une distinction entre le droit et la loi, *jus* et *lex*. Le droit est d'abord une liberté. Par liberté, il entend la possibilité pour l'homme d'user de son propre pouvoir selon les dictats de sa raison. C'est la liberté de faire

⁵ *Ibid.*, p. 157.

⁶ *Ibid.*, p. 129.

⁷ *Ibid.*, p. 128.

une chose ou de ne pas la faire. À partir de l'idée de droit de nature, la pensée moderne prend pour point de départ les droits individuels. Toutes les étapes suivantes comme le contrat social, l'idée du souverain et l'État en découlent et correspondent à une nécessité inhérente au droit de nature. Hobbes introduit l'idée du contractualisme et l'idée moderne d'État dans l'histoire de la philosophie politique ainsi qu'une nouvelle forme de subjectivité, la subjectivité juridique, dans la philosophie du droit. À la place du « sujet » de Descartes, il y a le « sujet de droit » chez Hobbes. Selon Leo Strauss, cette relation entre le droit de nature et la loi de nature marque un tournant dans l'histoire de la politique et du Droit :

Tandis que la pensée moderne prend pour point de départ les droits de l'individu et conçoit l'État comme un moyen de garantir les conditions de son développement, la pensée grecque prend pour point de départ le droit de l'État⁸.

D'après Hobbes, le droit de nature est valable dans l'état de nature car c'est là que nous en avons besoin. L'état de nature est une fiction dont Hobbes a besoin pour montrer la nécessité du souverain. Il s'agit d'un état de guerre dans lequel ni la sécurité des personnes ni celle des biens n'est assurée. C'est pourquoi les hommes vivent dans la peur de la mort et sont animés par la passion du pouvoir. Ils sont tous égaux. L'égalité vient de l'égalité du droit de nature et de la liberté. Chacun est libre d'utiliser son droit de nature. Dans l'état de nature, le but est d'assurer la défense et la protection de sa vie en vertu du droit de nature. Selon le commentaire de Frank Lessay :

Dans l'état de nature, en effet tout est légitime (*lawful*) au sens où aucune conduite ne peut enfreindre le moindre droit puisque, par définition, le droit de nature qui s'applique aux comportements individuels correspond pour chacun à une liberté sans limites d'agir selon son jugement⁹.

On peut donc dire que dans l'état de nature, la force fait le Droit¹⁰. Cette force peut être comme une violence sauvage pour sauver sa vie. Dans cet état de nature, l'homme est un loup pour l'homme (*homo homini lupus*).

Deuxième loi de nature : le Contrat social

Pour sortir de cet état de nature, autrement dit de l'état de guerre, de l'état de violence, Hobbes parle d'une deuxième loi de nature, définie comme le transfert mutuel du droit de nature :

Que l'on consente quand les autres y consentent aussi, à se dessaisir, dans toute la mesure où l'on pensera que cela est nécessaire à la paix et à sa propre défense, du droit qu'on a sur toute chose ; et qu'on se contente d'autant de liberté à l'égard des autres qu'on en concèderait aux autres à l'égard de soi-même¹¹.

⁸ Ernest Barker, *Plato and his Predecessors*, cité par L. Strauss, *La philosophie politique de Hobbes*, op. cit., p. 221.

⁹ Frank Lessay, *Souveraineté et légitimité chez Hobbes*, Paris, PUF, 1988, p. 169.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ T. Hobbes., *Léviathan*, op. cit., p. 129.

En d'autres termes, il faut se dessaisir de son droit de nature en passant des contrats. Mais en quoi consiste un tel dessaisissement ? Quitter le droit de nature ou bien transférer le droit de nature à un autre ?

Hobbes explique d'abord que se dessaisir d'un droit sur une chose revient en effet à se dépouiller de la liberté infinie qui peut être utilisée pour empêcher autrui de profiter de son propre droit sur la même chose¹². Par conséquent, si quelqu'un renonce à son droit de nature, il diminue les obstacles qui empêchent d'utiliser le droit de nature d'autrui. Le sens du renoncement au droit de nature est la limitation de la liberté infinie. Mais comment allons-nous renoncer à notre droit de nature ? Selon Hobbes, soit on y renonce purement et simplement, et il n'importe pas de savoir qui bénéficie de cette renonciation ; soit on y renonce au profit d'un autre, et le choix du bénéficiaire est déterminant :

En y renonçant purement et simplement, quand on ne se soucie pas de savoir à qui échoit le bénéfice d'un tel geste. En le transmettant, quand on destine le bénéfice de son acte à une ou plusieurs personnes déterminées¹³.

Ainsi peut-on dire que ce n'est pas la renonciation pure et simple au droit de nature mais son transfert qui nous amène à la paix. Ce transfert de droit n'ajoute rien à la puissance du droit de nature d'autrui, il diminue seulement les obstacles à l'utilisation du droit de nature. Si l'homme a une fois transféré son droit de nature, il commettrait une injustice en revenant sur ce transfert qui a été fait volontairement. Dans ce transfert, l'homme ne se désiste de son droit de nature que s'il obtient quelque bien pour lui-même. C'est pourquoi, tous les droits ne sont pas aliénables. Parmi les droits inaliénables, « le droit de résister à ceux qui nous attaquent de vive force pour nous enlever la vie » est essentiel. Car le but du transfert des droits est de conforter le droit de se défendre soi-même ou d'obtenir quelque bien pour soi-même. Ainsi, l'essentiel est pour Hobbes la défense de l'individu.

Comment se réalise ce transfert du droit de nature ? La réponse est le contrat. Un contrat exige d'abord une bilatéralité ; autrement dit, il n'est pas une donation, ou c'est une donation mutuelle. C'est ainsi que Hobbes définit le contrat dans *Elements of Laws* : « Quand un homme transfère son droit en attente d'un bienfait réciproque, cela n'est pas une donation libre mais une donation mutuelle, qu'on appelle contrat »¹⁴.

En résumé, la deuxième loi de nature, définie comme le transfert mutuel du droit de nature, indique une voie de sortie. Il faut se dessaisir de son droit de nature et de la liberté sauvage en passant des contrats. C'est sur cette base que l'homme va passer à l'état civil qui est un état de paix. L'homme passe de la violence à la politique, mais cette fois-ci la violence sauvage est transformée en violence légitime à laquelle nous allons nous intéresser plus tard.

¹² *Ibid.*, p. 130.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Thomas Hobbes, *Elements of Law*, cité par Simone G. Fabre, *Le Droit et La Loi Dans la Philosophie de Thomas Hobbes*, Paris, Librairie C. Klincksieck, 1975, p. 92.

Troisième loi de nature : la justice

Avec la troisième loi de nature, Hobbes souligne l'exigence d'obéir au contrat : « que les hommes s'acquittent de leurs conventions, une fois qu'ils les ont passées (...) »¹⁵. C'est là qu'il arrive à la définition de la justice : « Et c'est en cette loi de nature que consiste la source et l'origine de la Justice »¹⁶.

On voit donc que la justice est cachée dans la troisième loi de nature, elle est ainsi une loi de nature. Cependant, comme on l'a vu, la loi de nature n'est pas une loi au sens propre. Dès lors, ne peut-on pas dire qu'on rencontre même chez Hobbes une justice au-delà de la loi ? C'est la thèse d'un certain nombre de commentateurs de Hobbes. Je voudrais soutenir au contraire que dans la mesure où les lois auxquelles les hommes doivent obéir sont les lois civiles et que l'assurance de cette obéissance est apportée par le souverain, la justice est limitée par les lois. Il est en réalité difficile dans l'optique hobbesienne de conférer un statut à une justice qui serait au-delà de la loi. De fait, avec l'apparition du souverain et la compréhension des lois comme commandements du souverain, ce dilemme se résout et la justice sera définie en termes juridiques. Mais d'autre part, la limitation de la justice par les lois du souverain est cause d'un certain recours à la violence qui, à son tour, cause la disparition de la justice elle-même.

Reprenons ici les trois arguments par lesquels on établit généralement que l'on peut trouver chez Hobbes une justice au-delà de la loi.

Cette idée provient avant tout du fait que la justice est définie comme une loi de nature, alors que les lois de nature ne sont pas des lois au sens positiviste. N'étant posées ni par Dieu ni par le souverain, elles sont avant tout le résultat d'un effort (*conatus*) et de la volonté. Mais ce n'est pas un effort quelconque, c'est un effort ou bien une volonté dans lesquels la raison intervient. C'est ainsi que les lois de nature sont les commandements de la Raison. La justice est donc un calcul de la Raison avant d'être l'exécution d'une loi. Telle serait la première preuve que la justice est au-delà de la loi.

La relation entre la justice, le *conatus* et la raison montre que l'obéissance au pacte, autrement dit la justice, n'est pas fondée sur le pouvoir extérieur mais sur l'obligation intérieure, une obligation *in foro interno* et non pas *in foro externo*. C'est ainsi que la justice est d'abord relative à notre conscience et non pas aux lois juridiques. Cette relation de la justice avec la conscience est un deuxième argument en faveur de la justice comme au-delà de la loi chez Hobbes.

Enfin, troisième argument, en disant que ces lois de nature sont aussi des lois morales, la justice est une vertu qui fait plutôt partie de la morale que du droit.

¹⁵ T. Hobbes., *Leviathan*, op. cit., p. 143.

¹⁶ *Ibid.*

Ces trois arguments contestent l'idée selon laquelle Hobbes serait le fondateur du positivisme juridique. C'est la position de Mark Murphy¹⁷, pour qui Hobbes est plus proche de la tradition du jus naturalisme en raison de la nécessité de la relation entre la loi naturelle et la loi civile. D'une part, pour Hobbes, une loi civile n'est pas seulement un commandement du souverain, elle doit aussi être compatible avec la raison, autrement dit avec les lois de nature. D'autre part, l'obligation d'obéir aux lois de nature est assurée d'abord par la conscience (*in foro interno*) non pas par le pouvoir. Enfin, l'obligation qu'a le souverain de respecter les lois naturelles quand il fait les lois est aussi un argument qui va dans ce sens.

Une telle justice ne reste-t-elle cependant pas uniquement conceptuelle voire formelle ? Et la vraie justice ne devient-elle pas possible uniquement comme résultat du pacte avec l'apparition du souverain ? Dans la citation ci-dessous, on voit clairement le passage de la justice comme au-delà de loi à la justice comme la loi :

C'est une fois qu'une République est établie (et pas avant) qu'elles sont effectivement des lois, en tant qu'elles sont alors les commandements de la République, et qu'en conséquence elles sont aussi les lois civiles : c'est en effet le pouvoir souverain qui oblige les hommes à leur obéir¹⁸.

L'effectivité de la justice ne vient qu'avec les lois civiles, autrement dit avec le souverain. À partir de là, la justice est inhérente au système légal auquel il est obligatoire d'obéir. Finalement, la justice est définie par cette obligation. De plus, c'est une obligation non pas *in foro interno* mais *in foro externo*, autrement dit une obligation issue du pouvoir du souverain. Dans *De Cive*, Hobbes caractérise l'obligation comme le processus selon lequel « le plus faible, désespérant de son pouvoir de résistance, ne peut que se soumettre au plus fort »¹⁹.

Cette forme d'obligation montre que cette fois-ci la justice apparaît avec la contrainte juridique qui s'assimile parfois à une coercition faite de violence²⁰. Même si Le Léviathan est le souverain légitime, cette possibilité de le penser comme une force sauvage, montre que la justice comme loi peut se concilier la violence.

En tant qu'elles sont posées par le souverain, les lois viennent limiter la justice (telle qu'elle apparaissait avec les lois de nature). C'est cela qui, selon Simone Goyard-Fabre, ouvre en effet la voie du positivisme juridique qui se développe nettement au XIX^e siècle. Car, quand on examine les traits caractéristiques du positivisme juridique comme « l'Étatisme centralisateur, l'ordonnancement déductiviste et la cohérence de l'appareil juridique, la

¹⁷ Mark C. Murphy, "Was Hobbes a Legal Positivist?", dans Shaver Robert éd., *Hobbes*, Aldershot, Ashgate Publishing, 1999, p. 473-500.

¹⁸ T. Hobbes., *Leviathan*, op. cit., p. 143.

¹⁹ Thomas Hobbes., *De Cive*, cité par Stanley L. Paulson, "Thomas Hobbes et le positivisme juridique classique", dans Louis Roux, François Tricaud éd., *Le pouvoir et le Droit*, Saint-Étienne, Éditions de l'université de Saint-Étienne, 1992, p. 111.

²⁰ Simone Goyard-Fabre, *La justice*, *Philopsis*, <http://www.philopsis.fr>

séparation du droit et de la morale et l'autonomisation d'un ordre politique »²¹, on y reconnaît des traits déjà présents chez Hobbes : « la rationalité de l'État-Léviathan, en son principe constructiviste, en son légalisme fonctionnel et jusque dans la métamorphose conceptuelle du droit qui ouvre la voie au positivisme juridique »²².

Sur cette base, il semble que la justice soit plutôt définie comme l'obéissance aux lois civiles. De nombreuses définitions de la justice comme « À chacun selon ce que la loi lui attribue », ou bien « Être juste, c'est appliquer les lois du pays »²³, pourraient trouver leurs racines chez Hobbes et ces définitions continuent d'être importantes pour le domaine du droit. La justice, écrit Chaim Perelman, « ne se conçoit pas sans règle. Elle est fidélité à la règle, obéissance au système. Elle pèse, elle calcule, elle mesure. L'individu n'est rien pour elle. La justice ne peut pas être instinctive : elle est soumise à des règles, des conditions, des qualifications »²⁴.

Mais la justice en tant que loi veut dire que la justice est la volonté du souverain. Car les lois sont posées par le souverain et c'est lui aussi qui applique les lois. La justice ne peut donc pas être assurée à partir de la loi de nature. C'est pour garantir la possibilité de la justice que le pouvoir sera nécessaire, sous la figure de *Leviathan* qui représente en même temps l'État omnipotent :

Derrière les montagnes, quelques villages et une ville apparaît un souverain avec couronne et insignes. À le regarder de plus près, cet homme gigantesque et artificiel. L'État est entièrement composé de petits hommes, ce qui illustre à la fois l'idée hobbesienne de la représentation et la thèse selon laquelle chaque citoyen est complètement absorbé dans l'État omnipotent²⁵.

Si ce pouvoir est défini chez Hobbes comme absolu c'est parce qu'il est un pouvoir sans limite. « En effet, un pouvoir sans limite, c'est la souveraineté absolue »²⁶. Selon Raymond Polin, le fondement de la souveraineté absolue se forme dans ce caractère de toute-puissance²⁷. Yves Charles Zarka insiste lui aussi sur ce caractère de la souveraineté : « Le trait particulier de la modernité politique, c'est que le droit y est lié non seulement à la puissance, mais même à la toute-puissance. La liaison du droit et de la toute puissance, c'est ce que l'on nomme souveraineté »²⁸.

²¹ Simone Goyard-Fabre, "L'intuition du positivisme juridique et ses limites dans la pensée de Hobbes", dans L. Roux, F. Tricaud éd., *Le pouvoir et le Droit*, op. cit., p. 91-103.

²² *Ibid.*

²³ Chaim Perelman, *Ethique et Droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 41.

²⁴ *Ibid.*, p. 61.

²⁵ Frank Lessay, cité par Höffe Otfried, *La Justice politique*, Paris, PUF, 199, p. 6.

²⁶ T. Hobbes, *Leviathan*, cité par Lessay, op. cit., p. 103.

²⁷ *Ibid.*, p. 105.

²⁸ Yves Charles Zarka, "Le souverain vorace et vociférant", *Cités*, n° spécial *Derrida Politique*, n° 30, 2007, p. 6-8.

Certes, la toute-puissance ne peut être que théorique ou abstraite car le caractère de toute puissance ne peut appartenir qu'à Dieu. Cependant, même si la puissance du souverain chez Hobbes est déjà *précaire, limitée et provisoire*²⁹, cela n'empêche pas son absolutité. En faisant avec Alexandre Passerin d'Entrèves la distinction entre la puissance et le pouvoir, nous comprenons que c'est le pouvoir et non la puissance qui est sans limites, c'est-à-dire absolue chez Hobbes : « La théorie de Hobbes concernant la souveraineté est une description de l'État en fonction du pouvoir, non de la puissance »³⁰.

L'absoluité du pouvoir provient du fait qu'il est la source unique des lois civiles et aussi qu'il n'est pas assujéti aux lois civiles : « Le souverain d'une république n'est pas assujéti aux lois civiles. En effet, ayant le pouvoir de faire les lois et de les repousser, il peut quand cela lui plaît se libérer de cette sujétion en repoussant les lois qui le dérangent et en faisant de nouvelles »³¹.

La constitution du souverain absolu et légitime correspond à la réalisation du contrat social. C'est là que se fait le passage de la légitimité de droit naturel à la légitimité proprement politique.

Quant à la relation de la justice avec le souverain, le souverain devient en même temps la garantie de la justice car, en vertu de la volonté de la multitude, le souverain a le droit de faire la loi aussi. « Ce n'est pas la vérité, mais une autorité qui fait la loi »³². Par autorité, il faut-comprendre un pouvoir autorisé issu du consensus de la multitude qui va devenir le peuple. Le souverain devient donc législateur comme-pouvoir autorisé. C'est ainsi que les lois de nature peuvent devenir lois « *stricto sensu* », c'est-à-dire lois civiles, dans le cadre de l'État, avec le souverain :

Dans l'état de pure nature, les lois de nature (l'équité, la Justice, la gratitude et les autres vertus morales qui dépendent de ces dernières) ne sont pas proprement des lois, mais des qualités qui disposent les hommes à la paix et à l'obéissance. C'est une fois qu'une république est établie (et pas avant) qu'elles sont effectivement des lois, dans le sens qu'elles sont alors les commandements de la république, et qu'en conséquence elles sont aussi les lois civiles³³.

La loi civile et la loi de nature ne sont pourtant pas des espèces de lois différentes. Hobbes écrit que « une partie de celle-ci écrite est appelée comme une loi civile, l'autre, non écrite est appelée comme une loi naturelle ». Mais une fois que la loi est posée, la définition de la justice se transforme aussi en conformité avec les lois civiles. Désormais la justice est l'exécution de la loi. Mais dans la mesure où la loi est celle qui est posée et conservée par le

²⁹ F. Lessay, *Souveraineté et légitimité chez Hobbes*, op. cit., p. 107.

³⁰ Alexandre Passerin d'Entrèves, cité par F. Lessay, *Souveraineté et légitimité chez Hobbes*, op. cit., p. 108.

³¹ T. Hobbes, *Leviathan*, op. cit., p. 283, cité par Lessay, op. cit., p. 104.

³² T. Hobbes, *Leviathan*, op. cit., chap. XXVI, 2.

³³ *Ibid.*, p. 285, cité par T. Lessay, *Souveraineté et légitimité chez Hobbes*, op. cit., p. 191.

souverain, cette loi vient à son tour limiter la justice : « La Justice, autrement dit l'exécution des conventions et le fait de rendre à chacun ce qui lui revient, est un précepte de la loi de nature ; or tout sujet d'une république s'est engagé par convention à obéir à la loi civile »³⁴.

Avec Hobbes, on assiste à l'une des premières tentatives d'exposition philosophique du principe de souveraineté. L'instauration d'un souverain se réalise avec le pacte social. Chacun transfère avec chacun, volontairement, sa puissance à ce souverain qui a le droit d'utiliser la force pour préserver sa puissance. Ce pouvoir du souverain est sans limite extérieure à lui : les termes du contrat social lui ont donné un pouvoir absolu. De ce fait, au nom de la préservation de l'état civil, le souverain, autrement dit l'État ou bien Léviathan chez Hobbes, détient le monopole de la violence et cette violence est légitime. Bien sûr, ce n'est pas une violence visible, et même si elle est visible, elle est bien raisonnée : elle est employée pour préserver l'état de paix ou bien pour assurer la justice.

La justice au-delà de la loi ? Derrida

Ainsi, le pouvoir est chez Hobbes une forme de puissance légitimée par le Droit. La force de ce pouvoir est celle de l'État, une force autorisée, et non une violence. Cela ne supprime pas la violence dans la pratique : la différence est qu'elle est maintenant justifiée au nom de la justice. Mais, d'un côté, pour rendre la justice possible, il a fallu passer par un contrat, alors que, d'un autre côté, pour garantir ce contrat, il faut un pouvoir comme le souverain. Ce pouvoir qui doit être fort, il doit utiliser la force. L'emploi de la force doit être autorisé, même si elle devient-violence. Dans la pensée moderne, la justice est prise dans un cercle entre le pouvoir, la violence et la force.

La critique de ce cercle a été élaborée par les penseurs contemporains. D'après Giorgio Agamben, le souverain est ce qui définit l'indétermination entre l'état civil et l'état de nature. Cette indétermination cause sa violence. Le souverain n'appartient ni à l'état de nature ni à l'état civil. Dans cette indétermination, il a le droit de tout faire et n'est nullement tenu pour responsable de ses actes. Carl Schmitt définit cette indétermination comme *l'état d'exception*³⁵. Yves-Charles Zarka relève une influence de Schmitt sur Derrida concernant cette détermination de la souveraineté en termes d'exception à la loi au droit. Mais Derrida suit Schmitt jusqu'à certain point. Car, dans sa dernière conférence *Le souverain bien ou l'Europe en mal de souveraineté*, Derrida préfère déconstruire la souveraineté plutôt que la défendre. Dans ce texte, il évoque la figure du souverain comme *vorace* et *vociférant* :

La souveraineté serait-elle dévoratrice ? Sa force, son pouvoir, sa plus grande force, sa puissance absolue serait-elle dévoratrice ? Sa force, son

³⁴ *Ibid.*, p. 102.

³⁵ Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat (Théologie politique)*, Ankara, Dost Yayinevi, 2010, s.13.

pouvoir, sa plus grande force, sa puissance absolue serait-elle, par essence et toujours en dernière instance, puissance de dévoration (...) ? Le lieu de dévoration, c'est aussi le lieu de ce qui porte la voix, c'est le topos du porte-voix-en un mot, le lieu de la vocifération. Dévoration, vocifération, voilà, dans la figure de la figure, dans le visage en pleine gueule, mais aussi dans la figure comme trope, la dévoration vociférant ou la vocifération dévorante³⁶.

Si, aux yeux de Schmitt, le souverain est « la condition de l'existence d'un État véritablement politique, détenteur de la décision ultime et du pouvoir d'exception », pour Derrida « il a toujours en soi la possibilité de devenir une bête féroce, un loup terrible, vorace et vociférant »³⁷ :

C'est comme dit Schmitt, un certain pouvoir de donner, de faire la loi, mais aussi de suspendre la loi, c'est le droit exceptionnel de se placer au dessus du droit, c'est le droit non-droit, si je puis dire, ce qui à la fois risque de porter le souverain humain, vers la toute puissance et à la fois à cause de cette arbitraire suspension ou rupture du droit, risque justement de faire ressembler le souverain à la bête la plus brutale qui ne respecte plus rien, méprise la loi, se situe d'entrée de jeu hors la loi, à l'écart de la loi, au-dessus des lois³⁸.

Derrida procède à une *démystification de la souveraineté* c'est-à-dire qu'au lieu de présenter le souverain comme la décision ultime de la politique comme Schmitt l'a fait, Derrida montre que « la souveraineté peut n'être qu'une prothèse artificielle, une machine de mort qui entend, qui prétend, servir le vivant »³⁹. C'est pourquoi Derrida⁴⁰ et Judith Butler définissent ce pouvoir souverain comme le *pouvoir voyou*⁴¹. C'est aussi l'apparition de la violence : « Le concept de la violence appartient à l'ordre symbolique du droit, de la politique et de la morale, de toute forme d'autorité ou d'autorisation, de prétention à l'autorité au moins »⁴².

La critique de la violence de ce pouvoir par Walter Benjamin, dans l'article de 1921 « Critique de la violence », constitue une référence essentielle. Benjamin définit cette violence du souverain comme *la violence conservatrice* qui conserve la continuité et l'applicabilité du Droit par l'intermédiaire des institutions de l'État moderne telles que la police, l'armée ou bien la prison. S'il n'y a pas de police, d'armée ou bien de prison, le Droit n'est pas applicable. À l'origine de la violence conservatrice, Benjamin pose une autre violence qu'il appelle fondatrice en tant qu'elle fonde le Droit.

³⁶ Jacques Derrida, "Le souverain bien - ou L'Europe en mal de souveraineté", cité par Y. C. Zarka "Le souverain vorace et vociférant", *op. cit.*, p. 7.

³⁷ *Ibid.*, p. 8.

³⁸ J. Derrida, "Le souverain bien-ou L'Europe en mal de souveraineté", cité par Y. C. Zarka "Le souverain vorace et vociférant", *op. cit.*, p. 124.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Derrida nomme une des œuvres *Voyous*.

⁴¹ Judith Butler, *Kırılgan Hayat (La vie précaire)*, İstanbul, Metis Yayınları, 2005, p. 96.

⁴² Jacques Derrida, *Force de Loi*, Paris, Éditions Galilée, 2005, p. 80.

Selon Benjamin, cette violence est révolutionnaire parce qu'elle vient souvent après une guerre, une révolution ou une rébellion. Elle réclame souvent un nouvel ordre du Droit et elle lutte contre l'ordre établi.

Cependant, la déconstruction du texte de Benjamin opérée par Jacques Derrida donne la possibilité de penser autrement cette relation entre la force et la justice : si la justice est liée à une force, elle en appelle à un autre type de force que la force violente impliquée dans la théorie de la souveraineté, une force qu'il appelle *force non-violente* ou bien *force performative* qui est *la force de la justice* comme telle, *violence fondatrice* mais pas au sens de Benjamin.

Derrida est d'abord d'accord avec Benjamin sur la violence conservatrice. Il nous rappelle ici qu'en anglais, pour dire appliquer la loi, on utilise *to enforce the law*. Cet *enforcement* se réalise par les institutions. Dans ce sens, il n'y a pas de Droit sans la force, autrement dit sans *la violence conservatrice*. Comme on l'a déjà montré, c'est une force autorisée, c'est une violence légitime :

Il n'y a pas de Droit, écrit Derrida, qui n'implique en lui-même, a priori, dans la structure analytique de son concept, la possibilité d'être « enforced » appliqué par la force⁴³.

En revanche, Derrida critique Benjamin lorsqu'il cherche à montrer la violence fondatrice comme révolutionnaire. D'après lui, Benjamin *justifie le recours à la violence en alléguant l'instauration en cours ou à venir d'un nouveau droit : d'un nouvel État*⁴⁴. Pour Derrida, la violence fondatrice et conservatrice sont deux choses inséparables. L'une exige nécessairement l'autre :

La violence même de la fondation ou de la position du Droit doit envelopper la violence de la conservation du droit et ne peut pas rompre avec elle. Il appartient à la structure de la violence fondatrice qu'elle appelle la répétition de soi et fonde ce qui doit être conservé, conservable, promis à l'héritage et à la tradition au partage⁴⁵.

Selon Derrida, toute fondation est une promesse, une promesse d'itérabilité. Cette itérabilité est donc assurée par la violence conservatrice. Derrida appelle cette inséparation *la contamination différencielle*⁴⁶ : il y a « quelque chose de vermoulu ou de pourri dans le droit qui le condamne ou le ruine d'avance »⁴⁷. D'après Derrida, la police, qui, selon Benjamin, applique la violence conservatrice, n'est pas seulement responsable de la violence conservatrice, elle est aussi la représentante de cette contamination *différencielle*. En conservant le Droit, elle le fonde en même temps et cette situation est ignoble. Elle a la force de la loi et elle devient en même temps la force de loi :

⁴³ *Ibid.*, p. 17.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 87.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 94.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Benjamin parle de quelque chose de vermoulu dans le Droit et selon Derrida cette contamination s'y réfère.

La police est ignoble parce que dans son autorité « la séparation de la violence fondatrice et de la violence conservatrice est suspendue. Dans cette *Aufhebung* qu'elle signifie elle-même, la police invente le droit, elle se fait « *rechtsetzende* » législative, elle *s'arroge* le droit que le droit est assez indéterminé pour lui en laisser la possibilité⁴⁸.

Derrida propose de déconstruire cette structure de contamination : « La déconstruction est aussi la pensée de cette contamination différencielle »⁴⁹.

Cette déconstruction exige une force performative, autrement dit la violence performative, car le fondement de cette structure est déjà *mystique*. Grâce à cette déconstruction, nous pouvons voir, selon Derrida, la force de la justice. Il nomme cette force « fondatrice », mais cela ne fonde pas un nouvel ordre du Droit, cela fonde à chaque instant le Droit pour arriver à la justice en elle-même qui n'est pas limitée par les lois, qui est au-delà de la loi et du Droit. Car la justice elle-même est incalculable, c'est-à-dire indéfinissable. Au lieu de donner une définition de la justice (contrairement aux lois, car la loi nous donne toujours une définition), la justice est production d'une histoire. Il s'agit de la justice comme déconstruction, comme force non-violence fondatrice ou performative. C'est peut-être plutôt la déconstruction de la force comme fondement du Droit.

Derrida nous invite donc à penser la force avec d'autres yeux. C'est une force juste, c'est une force de la *différance* qui ne provient pas du souverain ou bien du pouvoir, mais qui vient de la force de l'*Autre*. Le but de Derrida est peut-être de redonner à la justice le caractère éthique perdu dans la modernité. Mais cette éthique n'est pas celle de l'Antiquité, c'est une éthique qui est fondée sur le concept de l'*Autre*. Je voudrais terminer sur une dernière citation de Derrida :

C'est cette structure déconstructible du Droit ou, si vous préférez, de la justice comme Droit qui assure aussi la possibilité de la déconstruction. Or la Justice en elle-même, si quelque chose de tel existe, hors ou au-delà du Droit, n'est pas déconstructible. C'est la Justice comme déconstruction. La déconstruction est la Justice⁵⁰.

⁴⁸ J. Derrida, *Force de Loi*, op. cit., p. 102.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 94.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 35.

Encyclo

Revue de l'école doctorale ED 382

OPPRESSIONS ET RÉSISTANCES

Serpil TUNÇ ÜTEBAY

La justice, la loi, la violence

Sarah MAILLEUX

La survie au quotidien : résistance ou mobilisation

Valentine DEBOISRIOU

Un attirant mélange des genres ? Travail et militantisme dans les mouvements sociaux en Argentine

LIEUX ET POUVOIRS

Aurélié MASSIE

Les artisans du Camp du Drap d'Or (1520). Culture matérielle et représentation du pouvoir

Sébastien PAUTET

Les élèves de l'École du génie de Mézières et leurs territoires au XVIII^e siècle

SAVOIRS ET REPRÉSENTATIONS

Géraldine BARRON

Edmond Pâris et la construction navale des peuples extra-européens : approche épistémologique (1826-1844)

Raquel de BARROS PINTO MIGUEL

Femmes en images : significations attribuées à la figure féminine dans la publicité d'un magazine brésilien (1950-1960)

ANNONCES DES JOURNÉES DES DOCTORANTS

Colloque : janvier 2013

Les lieux du corps : politique et émancipation

Journée d'étude : février 2013

Itinéraires singuliers, identités plurielles

RÉSUMÉS DE THÈSE

Séverine DE CONINCK

Le livret de Caisse d'épargne histoire et anthropologie d'un instrument financier 1818-2008 (2011)

Amandine MALIVIN

Voluptés macabres. La nécrophilie en France au XIX^e siècle (2012)

COMPTE RENDU DE LECTURE

Delphine PIÉTU

André Gueslin, Henri-Jacques Stiker dir., *Les maux et les mots de la précarité et de l'exclusion en France au XX^e siècle*, Paris, L'Harmattan, Paris, 2012

RÉSUMÉS, MOTS-CLÉS ET BIOGRAPHIES DES AUTEURS

